

09.08.2016

KURZGUTACHTEN

für die

STADT KÖLN

AUSSCHREIBUNGSPFLICHT VON REGEL- RETTUNGSDIENSTLEISTUNGEN

RA Dr. Martin Schellenberg
RAin Dr. Hilka Frese

Dr. Martin Schellenberg
Rechtsanwalt, Partner

Dr. Hilka Frese
Rechtsanwältin

Rechtsanwälte Heuling Kühn Lür Wojtek
Neuer Wall 63, 20354 Hamburg
Telefon: 040/35 52 80 86
Telefax: 040/35 52 80 80

E-Mail: m.schellenberg@heuling.de
h.frese@heuling.de

I. Sachverhalt

Zum 18.04.2016 ist das neue Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in Kraft getreten. Darin ist in § 107 Abs.1 Nr.4 geregelt, dass eine allgemeine Ausnahme von der Anwendungspflicht des Vergaberechts gelten soll, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen
- über Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr
- die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden
- und die unter die Referenznummer des Common Procurement Vocabulary (CPV-Code) 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 und 85143000-3 mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung fallen.

Die Stadt Köln hat uns beauftragt, zu prüfen, ob die Vergabe von Regelrettungsdienstleistungen unter diese Ausnahmenvorschrift fällt und welche Risiken mit einer Direktvergabe an gemeinnützige Organisationen verbunden sein können.

II. rechtliche Stellungnahme

1. Anwendbarkeit der Bereichsausnahme auf den regulären Rettungsdienst

Zunächst ist umstritten, ob die Ausnahme überhaupt auf allgemeine Regelrettungsdienstleistungen anwendbar ist.

a)

§ 107 Abs.1 Nr.4 GBW spricht ausdrücklich von „Katastrophenschutz“, „Zivilschutz“ und „Gefahrenabwehr“.

In der vergaberechtlichen Literatur wird einerseits vertreten, dass die Ausnahme auch für alle diejenigen Maßnahmen gelten soll, die unter die in § 107 Abs.1 Nr.4 GWB aufgeführten CPV-Codes fallen. Demnach soll auch der reguläre Rettungsdienst aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen sein (vgl. Ruthig in NZBau 2016, 3). Es soll zulässig sein, Regelrettungsdienstleistungen ohne Durchführung einer Ausschreibung direkt an eine gemeinnützige Organisation zu vergeben.

Eine andere Ansicht argumentiert hingegen, dass die Ausnahmenvorschrift des § 107 Abs.1 Nr.4 GWB eng auszulegen sei. Sowohl Katastrophen- und Zivilschutz als auch Gefahrenabwehr würden jeweils unvorhersehbare, übergroße Schadensereignisse voraussetzen, wohingegen reguläre Rettungsdienstleistungen regelmäßige, widerkehrende Schadensfolgen betreffen, die gerade nicht von der Ausnahme in § 107 Abs.1 Nr.4 GWB umfasst sein sollen (vgl. Prieß in NZBau 2015, 343; Amelung/Janson in NZBau 2016, 23).

b)

Zudem ist zu berücksichtigen, dass § 107 Abs.4 Nr.1 GWB zwar unter anderem den CPV-Code 75 252 000–7 nennt, der für „Rettungsdienstleistungen“ steht. Regel-Rettungsdienstleistungen beinhalten aber in der Regel noch weitere Dienstleistungen, wie bestimmte ärztliche oder medizinische Dienstleistungen, für die andere, in § 107 Abs.4 Nr.1 GBW nicht aufgeführte CPV-Codes einschlägig sind.

Selbst wenn man also davon ausginge, dass Regel-Rettungsdienstleistungen grundsätzlich unter den Anwendungsbereich von § 107 Abs.4 Nr.1 GBW fallen, wären gleichzeitig in der Regel andere Leistungen von dem Auftrag umfasst, die gerade nicht in § 107 Abs.4 Nr.1 GWB aufgeführt sind. Entscheidend ist dann, ob die verschiedenen Teile des Auftrags objektiv trennbar sind. Ist das – wie regelmäßig – der Fall und wird gleichwohl ein einheitlicher Auftrag vergeben, muss das Vergaberecht angewendet werden, auch wenn ein Teil der Leistung für sich genommen nicht in den Anwendungsbereich fallen würde.

Dementsprechend wird vertreten, dass die Bereichsausnahme in § 107 Abs.4 Nr. 1 GBW bei Regel-Rettungsdienstleistungen schon wegen der Vielzahl der unterschiedlichen Leistungen (und damit einschlägigen CPV-Codes) in der Praxis nicht anwendbar sein dürfte (vgl. Prieß in NZBau 2015, 343).

c)

Bisher wurden diese Fragen in der Bundesrepublik noch nicht gerichtlich entschieden. Es kann dementsprechend nicht sicher vorhergesehen werden, ob die Rechtsprechung § 107 Abs.1 Nr.4 GWB bei regulären Rettungsdienstleistungen für anwendbar und somit den Verzicht auf ein förmliches Ausschreibungsverfahren für zulässig hält. Sofern die Stadt Köln die Rettungsdienstleistungen unter Berufung auf die Bereichsausnahme in § 107 Abs.1 Nr.4 GWB ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens direkt vergeben würde, bestünde somit das Risiko, dass der Vertrag nachträglich für unwirksam erklärt würde. Zudem wäre die Stadt Köln unter Umständen Schadensersatzforderungen anderer Interessenten ausgesetzt, die nicht berücksichtigt wurden.

2. Erbringung durch gemeinnützige Organisationen

Zudem käme eine Direktvergabe nach § 107 Abs.4 Nr.1 GWB nur dann in Betracht, wenn die Leistung durch eine gemeinnützige Organisation erbracht würde. Gemäß § 107 Abs.4 Nr.1 GWB sind gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen im Sinne dieser Vorschrift insbesondere die Hilfsorganisationen, die nach Bundes- oder Landesrecht als Zivil- und Katastrophenschutzorganisationen anerkannt sind. Private Anbieter, selbst wenn sie steuerrechtlich Gemeinnützigkeitsstatus haben, werden somit von § 107 Abs.4 Nr.1 GWB nicht erfasst.

Zwar hat der EuGH in einer Entscheidung von Januar 2016 eine Direktbeauftragung von Hilfsorganisationen für zulässig angesehen (Urteil vom 28.01.2016, Rs. C-50/14), dafür aber gleichzeitig strenge Anforderungen gestellt:

- Die Freiwilligenorganisationen müssen die unionsrechtlich zu billigenden Ziele verfolgen, auf der eine nationale Direktvergabemöglichkeit beruht.

- Die Freiwilligenorganisationen dürfen mit ihren Tätigkeiten keinen Gewinn erzielen. Es dürfen ausschließlich die tatsächlich entstandenen Kosten erstattet werden.
- Die Freiwilligenorganisationen dürfen nur insoweit auf Erwerbstätige zurückgreifen, wie das für die Aufrechterhaltung ihres geregelten Betriebs erforderlich ist.

Es ist zumindest zweifelhaft, ob diese strengen Anforderungen von den in der Bundesrepublik im Bereich von Regel-Rettungsdienstleistungen tätigen Hilfsorganisationen erfüllt werden können. Jedenfalls das zweite und dritte Kriterium dürften häufig zu verneinen sein.

Bei einer Direktvergabe an eine gemeinnützige Organisation bestünde somit das Risiko, dass diese die strengen Anforderungen der Rechtsprechung nicht erfüllt und die Direktvergabe daher im Nachhinein als unzulässig angesehen wird. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass auf dem Deutschen Markt für Rettungsdienstleistungen auch eine Vielzahl von privatwirtschaftlichen Unternehmen tätig ist, die Interesse an dem Auftrag haben und eine Direktvergabe angreifen könnten.

3. Einhaltung von Primärrecht

Selbst wenn man davon ausgeht, dass § 107 Abs.4 Nr.1 GBW auch auf Regel-Rettungsdienstleistungen anwendbar ist, müssten jedenfalls die Grundsätze des EU-Primärrechts eingehalten und ein transparentes und nicht-diskriminierendes Verfahren durchgeführt werden.

Ein solches Verfahren wäre nur dann diskriminierungsfrei, wenn der Teilnehmerkreis nicht eingeschränkt, also auch private Unternehmen daran beteiligt würden. Für den Auftrag kämen somit auch Bieter in Betracht, bei denen es sich nicht um „gemeinnützige Organisationen“ im Sinne des § 107 Abs.4 Nr.1 GBW handelt. Dann wären aber gleichzeitig die Voraussetzungen des § 107 Abs.4 Nr.1 GBW nicht erfüllt. Wie mit dieser Problematik umzugehen ist, wurde von der Rechtsprechung bisher ebenfalls nicht geklärt. Die Durchführung einer Vergabe unter Berücksichtigung der Grundsätze des EU-Primärrechts wäre daher ebenfalls mit dem Risiko verbunden, dass der geschlossene Vertrag nachträglich für unwirksam erklärt wird und nicht berücksichtigte Interessenten Schadensersatzforderungen geltend machen.

4. Beihilfenrecht

Unabhängig von vergaberechtlichen Anforderungen ist zudem das Beihilfenrecht zu beachten. Es ist eigenständig neben dem Vergaberecht anwendbar, auch wenn man eine Ausnahme nach § 107 Abs.4 Nr.1 GBW bejahen würde.

Aufträge im Gemeinwohlsektor (sog. Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse – DAWI) sind so zu vergeben, dass die Ausgleichsleistungen für die Erbringung dieser Dienstleistungen keine Überkompensation beinhalten. Das kann entweder durch die Durchführung einer diskriminierungsfreien Ausschreibung sichergestellt werden, die das gesamte Marktpotenzial ausschöpfen muss und nicht durch Bieterkreisbeschränkungen begrenzt sein darf, oder durch eine konkrete Analyse der Kosten, die bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtung entstünden. Letzteres ist für öffentliche Stellen häufig nur mit erheblichen Unsicherheiten durchführbar.

Solange ein Auftrag im Wettbewerb vergeben wird, ist hierin in der Regel keine Beihilfe iSv Art. 107 Absatz 1 AEUV zu sehen. Schon in dem Ausschluss einiger Bieter bzw. der Begrenzung des Teilnehmerkreises an der Ausschreibung kann aber eine Beihilfe liegen. Die Regelung in § 107 Abs.4 Nr.1 GWB wonach der Auftragnehmer eine gemeinnützige Organisation sein muss, führt zu einem automatischen Ausschluss der privatwirtschaftlichen Unternehmen, so dass der Wettbewerb begrenzt wird. Es kann zudem nicht ausgeschlossen werden, dass eine marktunangemessen hohe Vergütung gewährt würde. Auch dies kann eine unzulässige Beihilfe darstellen.

III. Ergebnis

Im Ergebnis ist daher auf Grund der vorgenannten Erwägungen die Durchführung eines EU-weiten Ausschreibungsverfahrens zu empfehlen. Eine Berufung auf die Bereichsausnahme in § 107 Abs.4 Nr.1 GWB wäre hingegen auf Grund zahlreicher bisher ungeklärter Rechtsfragen mit erheblichen vergaberechtlichen und beihilfenrechtlichen Risiken verbunden.